

SAÚDE: UMA ABORDAGEM ACERCA DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL

MICHELLY FRAZ CORTEZ:
Graduanda no curso Bacharelado
em Direito do Centro Universitário
Santo Agostinho –UNIFSA

ANDRÊSSA RAVENNA DE ALMEIDA MOITA TUPINAMBÁ RODRIGUES
(coautora)¹

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA
(orientador)²

RESUMO: Este estudo tem como tema a judicialização como meio garantidor do direito social fundamental a saúde. O direito a saúde na CRFB/88 representou um grande avanço, pois é considerado como um Direito Social Fundamental de segunda dimensão e logo, exige prestação obrigacional por parte do Estado. No seu art 196 a CRFB/88 reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado. O SUS criado pelo poder constituinte em 1988 é uma tentativa em atender o art. 196 em que o Estado trouxe para si a responsabilidade de garantir tal direito a todos. É sabido, portanto, que ao trazer a saúde como um direito constitucionalmente reconhecido, surge à possibilidade da judicialização, fenômeno este que vem crescendo a cada ano. Buscou-se com essa pesquisa trazer o contexto histórico da evolução do direito a saúde nas constituições brasileiras com ênfase na constituição atual, objetivou-se também analisar a controvérsia presente na “saúde para todos *versus* recursos finitos”, e ainda a resposta do poder judiciário à judicialização da saúde. Ao analisar o fenômeno da judicialização da saúde, foi possível concluir que é um meio eficiente para garantir o direito social fundamental a saúde, pois a maioria das demandas é julgadas procedentes. Todavia, foi possível perceber também que essa atuação do poder judiciário tem se mostrado bastante extravagante em algumas demandas, o que leva a uma instabilidade orçamentária, uma vez que tais recursos são limitados. Observou-se também a necessidade de mudança nesse cenário o que já teve início com algumas respostas do judiciário, por exemplo, o julgamento do RE 657718 de 2019.

Palavras chave: Direito social. Judicialização da saúde. Sistema Único de Saúde. Recursos limitados.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a judicialização como meio garantidor do direito social fundamental a saúde. Uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de

1988 representou um grande avanço na área dos Direitos Sociais o Direito a saúde ganhou destaque especial, e é considerado como um Direito Social Fundamental e logo, exige prestação obrigacional por parte do Estado.

¹ Graduanda no curso Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho –UNIFSA

² Professor orientador do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

Por estar diretamente relacionada ao Direito a vida e a Dignidade da pessoa humana o Direito a saúde tem espaço reservado na seção II do capítulo Seguridade Social. Isso mostra a importância do bem jurídico tutelado. No seu art. 196 a CRFB/88 reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

As políticas públicas são o meio em que o Estado utiliza para tentar minimizar as desigualdades sociais no estado capitalista. Todavia, analisando o cenário social e econômico do país é possível perceber a dificuldade que o Estado tem em aplicar políticas que garantam a real efetividade desse direito.

O SUS (Sistema Único de Saúde) criado pelo poder constituinte em 1988 é uma tentativa em atender o art. 196 em que o Estado trouxe para si a responsabilidade de garantir tal direito a todos. Foi regulamentado com seus pormenores por meio da Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dando outras providências (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, ao trazer a saúde como um direito constitucionalmente reconhecido, surge a possibilidade da judicialização, pois ao necessitar de algum atendimento, tratamento ou mesmo medicamento e tem seu pedido negado junto aos órgãos responsáveis pela gestão da saúde, o estado estará sendo omissivo. O fenômeno da Judicialização no Brasil, teve início no final da década de 1990, época em que as pessoas portadoras do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) lutavam para conseguir os medicamentos e realizar o tratamento adequado. A partir do ano 2000 houve um aumento substancial nesse número de processos e desde então não mostra desaquecimento (FERRAZ, 2019).

Diante disso, o objetivo geral da pesquisa é analisar o cenário atual do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. Com relação aos objetivos específicos, buscou-se trazer o contexto histórico da evolução do direito a saúde nas constituições brasileiras com ênfase na constituição atual, além de estudar um pouco o atual cenário do SUS como política pública. Buscou-se também analisar a controvérsia presente na “saúde para todos *versus* recursos finitos”, e ainda a resposta do poder judiciário à judicialização da saúde. Essa pesquisa possui natureza básica e utiliza o método qualitativo de abordagem, com relação ao seu objetivo possui intuito exploratório, com o propósito de gerar familiaridade da pesquisadora com o tema, tendo em vista a pertinência do delineamento essencial dos objetivos de estudo. No que diz respeito aos procedimentos técnicos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica.

Justifica-se a pesquisa pelo fato de que os direitos constitucionais se converteram em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. Ao passo que o poder judiciário profere decisões na sua grande maioria favoráveis ao demandante - há de se destacar a clareza do art. 196 - o que vem a surgir é um cenário de grande extravagâncias, muitas vezes o estado tendo que custear medicamentos e tratamentos que se quer estão incorporados ao SUS e que ainda não possuem nenhuma eficácia garantida. Logo, mudanças têm sido discutidas para ao menos minimizar os efeitos da questão da judicialização da saúde diante da limitação dos recursos públicos.

2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO A SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A garantia do direito a saúde tão respaldada na Constituição Brasileira de 1988 como um direito de todos, representa um cenário relativamente novo na história do Brasil. As Constituições anteriores nada tratavam sobre o tema e quando falavam era de uma forma excludente, não trazia para o estado a responsabilidade por garantir esse direito. A Constituição do Brasil imperial em 1824 nada falava sobre a saúde, não trazia nenhuma garantia a população brasileira sobre tal direito, no máximo avocou para o Estado a expressão dos “socorros públicos” aos cidadãos brasileiros (SILVA, 2016).

A constituição da república de 1891 também nada trouxe sobre a saúde. Como afirma Silva (2016) retirou a expressão socorros públicos e apresentou, em seu artigo 72, caput, uma leve e indireta proteção sanitária ao mencionar a “segurança individual”.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes (...)

A constituição de 1934 foi a que deu maior importância ao assunto antes da atual constituição. Em seu art 10 trouxe a competência concorrente da União e Estados de “cuidar da saúde e assistência públicas”. No art 121 voltou a tratar do assunto estabelecendo condições ao trabalhador lhe conferindo proteção social. E ainda, assistência médica ao trabalhador e a gestante, dentre outros dispositivos.

A Constituição de 1934 durou apenas 3 anos. Logo após, Getúlio Vargas concretizou um golpe de estado que iniciaria um período de ditadura de oito anos, que se estendeu até 1945. A Constituição de 1937 conhecida como “polaca” manteve a obrigação de a legislação trabalhista proteger a saúde dos trabalhadores e restringiu a competência para legislar sobre isso à União, deixando, contudo, a possibilidade de delegação aos Estados.

Na Constituição de 1946 não houve grandes mudanças sobre o tema. Manteve a competência privativa da União para legislar sobre saúde e trouxe outras garantias como, por exemplo, o direito à vida, diretamente relacionado ao direito a saúde. Na Constituição de 1967 foi assegurado aos trabalhadores e seus familiares, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva e manteve a competência privativa da União para legislar sobre saúde.

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

Em síntese, o direito a saúde antes da promulgação da Constituição de 1988 era destinada apenas a uma parte da população, isso quando era tratado na constituição. Não era um direito de todos. Os assegurados eram apenas aqueles trabalhadores que contribuíam com a previdência social ou os que tinham poder econômico, podendo bancar médicos e tratamentos particulares.

3 O DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A saúde está inserida no título II dos Direitos e Garantias fundamentais e no capítulo II Dos Direitos Sociais.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Em seguida, está inserida no capítulo que trata da seguridade social. Neste capítulo, fica evidente a necessidade do estado de realizar ações integradas de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde e também à previdência e à assistência social.

Na seção II do capítulo Seguridade Social, o Direito a saúde tem espaço reservado, isso mostra a importância desse bem jurídico, uma vez que está diretamente relacionado ao Direito a vida e a Dignidade da pessoa humana.

No seu art. 196 a Constituição Federal de 1988 reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nos artigos seguintes (197, 198, 199 e 200) discorrem sobre como as coisas deveriam funcionar dentro dessa área e ainda cria o Sistema Único de Saúde (SUS) que, embora deva atender todo e qualquer cidadão que aqui estiver, tem enfoque maior nas pessoas que não possuem condições de arcar com sua saúde e de seus familiares.

3.1 A saúde como um direito social

Os direitos sociais pertencem aos denominados direitos de segunda geração/dimensão, portanto não apresentam a mesma eficácia que os demais direitos fundamentais de primeira geração, pois são direitos que necessitam de prestações concretas do Estado. Como já dito antes, dentre os direitos sociais, o direito à saúde, devido a sua direta relação com a vida e a dignidade da pessoa humana foi eleito pelo poder constituinte como de suma importância. A forma como foi tratada, em capítulo próprio, demonstra o cuidado que se teve com esse bem jurídico.

Dessa forma, a saúde, tão consagrada na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental, recebe, deste modo, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico constitucional brasileira, uma vez que seu respaldo se encontra na Lei maior. Logo, ao conceder a saúde um status de direito social fundamental, o Estado automaticamente obrigou-se a prestações positivas, como mostra o art. 196, o Estado tem o dever de garantir a todos a saúde através de políticas sociais e econômicas.

A proteção constitucional à saúde seguiu a trilha do Direito Internacional, abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, impondo ao Estado o dever de tornar possível e acessível à população o tratamento que garanta senão a cura da doença, ao menos, uma melhor qualidade de vida (MOURA, 2013).

Todavia, quando se analisa a saúde como um direito de todos e dever do estado, surge uma problemática, pois os recursos do Estado são finitos e fazendo uma análise econômica é possível claramente concluir que não existe recurso público suficiente para atender a necessidade de todos.

Como afirma José Afonso da Silva, direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, mas como exigem implementação, “os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”.

3.2 O conceito de saúde na CRFB/88

Saúde, vem do Latim *salus*, "bom estado físico, saudação", relacionado a *salvus*, "salvo". Já segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doenças ou enfermidades”.

De plano, é possível afirmar que a Constituição Federal adotou no seu art 196 o conceito amplo de saúde, ou seja, hoje não mais é considerada como ausência de doença, mas deve levar e consideração um estado completo de bem estar, físico, mental e social assim como afirma a OMS.

Por conseguinte, a CRFB/88 não delimitou objeto desse direito fundamental, não especificando se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana. Todavia, trouxe a criação de um Sistema Único de Saúde (SUS) e nas suas diretrizes mostrou a amplitude que tal sistema teria.

Conforme descrito na cartilha disponibilizada na página do ministério da saúde (SUS, princípios e conquistas, 2000).

O SUS representa a materialização de uma nova concepção acerca da saúde em nosso país. Antes a saúde era entendida como o ‘estado de não doença’ o que fazia com que toda a lógica irasse e torno da cura de agravos à saúde. Essa lógica que significava apenas remediar os efeitos com menor ênfase nas causas, deu lugar a uma nova noção centrada na prevenção dos agravos e na promoção da saúde. Para tanto, a saúde passa a ser relacionada com a qualidade de vida da população, a qual é composta pelo conjunto de bens que englobam a alimentação, o trabalho, a vigilância sanitária e farmacológica, dentre outros.

A concepção de saúde, portanto, evidencia o nível de desenvolvimento social e econômico do país. Se os indicadores de saúde do país são satisfatórios, isso demonstra que há um bom índice econômico e bem estar da população.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E SAÚDE

Em um sistema capitalista como o Brasil, as políticas públicas são a forma que o governo exercendo a sua representatividade democrática dos cidadãos, tenta diminuir as desigualdades sociais em todas as esferas: Educação, transporte, segurança pública, moradia, saúde, dentre outras.

Durante a luta contra a ditadura militar no início da década de 1970, paralelamente havia também o movimento da Reforma Sanitária. Esse movimento buscava alcançar não apenas parte do sistema, mas a saúde como um todo, pois como já dito antes, nesse período o

Direito a saúde era dado apenas aos trabalhadores que contribuíam para a previdência social, enquanto o restante da população padecia.

Os médicos e outros profissionais preocupados com a saúde pública desenvolveram teses e integraram discussões políticas em busca de uma reforma. Este processo teve como marco institucional a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. As propostas da Reforma Sanitária resultaram, por fim, na universalidade do direito à saúde, concretizado com a Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) no seu art. 198. O SUS reúne todas as ações e serviços da saúde, prestados, de forma que tentam minimizar a desigualdade no país.

Para Paim (2009), o Brasil era antes da criação do SUS, um Estado que em nada corroborava com a saúde de seu povo, visto que o individualismo sobressaia à noção de coletividade adotada hoje pelo Sistema de Saúde vigente. O Estado, apenas intervia, quando ocorriam graves casos em que o cidadão não conseguia resolver em sua individualidade, ou quando a questão de saúde pudesse se transformar em uma epidemia e/ou prejudicar a economia. Entretanto, o crescimento desenfreado das cidades, bem como a distribuição demográfica da população, fez com que a saúde se tornasse um problema social, que conseqüentemente, apresentava-se como um entrave ao desenvolvimento do país.

5 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Reforma sanitária ocorrida em 1970 e intensificada nos anos 80 foi o que deu base e estrutura para que o atual Sistema Único de Saúde (SUS) tivesse a forma, organização e princípios que tem hoje. Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o sistema de saúde que era vigente na época não respeitava a dignidade humana e tampouco atendia as necessidades de saúde da população. Dessa forma, o SUS, observou a forma como o sistema anterior tratava a questão da saúde de forma excludente e o tomou como um modelo a não ser seguido.

No período em que a reforma sanitária foi mais intensificada, os anos 80 ficaram conhecidos também como “a década perdida”. Nesse período ocorreram grande estancamento e retrocesso econômico, com grandes pressões da dívida externa e da inflação. Como resultado, os gastos sociais foram reduzidos por causa das políticas de ajuste fiscal, cujas conseqüências foram a deterioração dos serviços públicos e da qualidade de vida, além de uma desaceleração importante na melhoria dos indicadores de saúde, com ampliação das desigualdades regionais (COHN, 1997).

Antes de 1988, o Sistema Público de Saúde dominante era baseado no financiamento público às instituições de saúde privada. Isso levou a crises e notória ineficiência do Sistema de Saúde vigente. Com a Reforma sanitária, todos os debates, ideias e discussões corroboraram para que em 1986 fosse confirmado no relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde – CNS, a ideia de um sistema nacional de saúde universal, público e sob a responsabilidade do Estado. O relatório da 8ª CNS foi tomado como base pelos constituintes para elaboração do capítulo sobre saúde da Constituição Nacional (GERSCHMAN, 1995).

A sua universalidade e responsabilidade por parte do Estado fica claro no art. 196 da CRFB de 1988.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

O SUS criado pelo poder constituinte em 1988, foi regulamentado com seus primeiros dispositivos por meio da Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dando outras providências. (BRASIL, 1990).

Conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 8.080 o SUS é formado pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, abrangendo não só a parte de tratamento, mas também de prevenção. Seus princípios e diretrizes evidenciam a democratização nos seus serviços públicos que passam a ser universais e descentralizado.

A descentralização das ações e dos serviços de saúde se deve pela participação dos três entes da Federação: a União, os Estados e os municípios. Cada um dentro da sua competência. O Ministério da Saúde corresponde ao gestor nacional do SUS, formula, normatiza, fiscaliza, monitora e avalia políticas e ações, em articulação com o Conselho Nacional de Saúde. As Secretarias Estaduais de Saúde participam da formulação das políticas e ações de saúde, prestam apoio aos municípios em articulação com o conselho estadual e participam da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) para aprovar e implementar o plano estadual de saúde.

E por fim, as Secretarias Municipais de Saúde planejam, organizam, controlam, avaliam e executam as ações e serviços de saúde em articulação com o conselho municipal e a esfera estadual para aprovar e implantar o plano municipal de saúde (BRASIL, 2020).

A rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde. Engloba a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica (BRASIL, 2020).

A Lei n. 8.080/90 trouxe em seus arts. 5º e 6º os objetivos e as atribuições do SUS, melhor explicando o art. 200 da CRFB/1988. São objetivos do SUS: a) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; b) a formulação de políticas de saúde destinadas a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos de doenças e outros agravos; e c) execução de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, integrando as ações assistenciais com as preventivas, de modo a garantir às pessoas a assistência integral à sua saúde.

5.1 Dos princípios e diretrizes

O art. 7º da Lei n. 8.080/90 faz a referência do art 198 da CRFB/88 em virtude das diretrizes lá estabelecidas e traz ainda os princípios que devem nortear todas as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS). O Ministério da Saúde em sua página na internet assim classifica os princípios (BRASIL, 2020):

Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e

serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.

Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

Como princípios organizativos têm-se ainda a Regionalização e Hierarquização que diz que os serviços devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade, circunscritos a uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos, e com definição e conhecimento da população a ser atendida (BRASIL, 2020).

A Descentralização e Comando Único se refere ao fato de que o poder e responsabilidade sejam distribuídos entre os três níveis de governo com objetivo de prestar serviços com maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos. No SUS, a responsabilidade pela saúde deve ser descentralizada até o município, ou seja, devem ser fornecidas ao município condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para exercer esta função. A concepção constitucional do mando único diz que cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade (BRASIL, 2020).

6 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

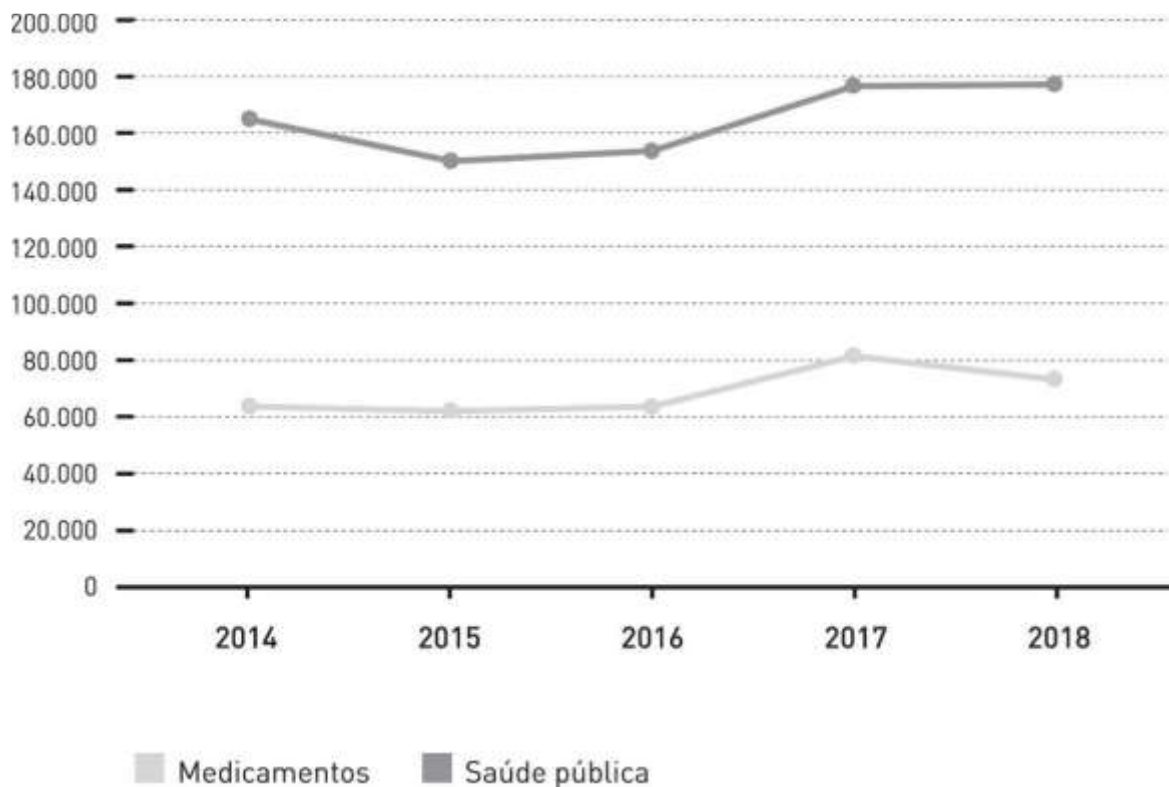
A CRFB/88 deixou claro o Direito a saúde para todos, sendo esse um dever do estado. Mas diante de uma breve e rápida análise do cenário político, econômico e social do país é possível concluir sem delongas que os recursos são finitos ao contrário das necessidades da população. É nesse momento que a equação não fecha. Assim, ao necessitar de algum atendimento, tratamento ou mesmo medicamento e tem seu pedido negado junto aos órgãos responsáveis pela gestão da saúde, surge a possibilidade da judicialização, uma vez que é um direito constitucionalmente reconhecido.

A Judicialização da Saúde teve início no Brasil, no final da década de 1990, época em que as pessoas portadoras do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) lutavam para conseguir os medicamentos e realizar o tratamento adequado. A partir dessa luta, os entraves judiciais relacionados ao acesso à saúde ou ao seu direito têm promovido crescentes discussões entre os juristas, políticos, profissionais e gestores da saúde (CHIEFFI; BARATA, 2009).

Segundo o levantamento realizado por Ferraz (2019) com dados do CNJ (Justiça em números) mais de 800 mil novas ações envolvendo a saúde pública ingressaram nos tribunais

brasileiros nos últimos cinco anos, sendo uma grande parte delas pedidos de medicamentos contra o Estado (gráfico 1).

GRÁFICO 1 Ações contra o Estado na área de saúde pública (União, estados e municípios) - Casos novos em primeira instância - 2014 a 2018.



Fonte: Ferraz, 2019. Dados do CNJ.

A partir do ano de 2000 o fenômeno da judicialização da saúde começou a acelerar e desde então não se percebe tendência de diminuição. Segundo dados do CNJ, entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revela a pesquisa “judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”.

A maioria dessas ações é julgada procedente. É fácil saber motivo, pois de um lado está alguém que tem seu direito social a saúde negada e de outro o estado que está constitucionalmente titulado como o responsável por promover tal direito. Há estimativas de que o custo ao Estado tenha atingido o valor de R\$ 7 bilhões anuais em 2016, aproximadamente 3% do orçamento total da saúde do país. Como as ações são fortemente concentradas em alguns estados e municípios do país, sobretudo do Sul e do Sudeste, o impacto orçamentário é ainda maior nessas regiões (FERRAZ, 2019).

Apesar de existir uma concentração maior em determinados estados, vale ressaltar que esse aumento no número de demandas judiciais é uma realidade presente em todas as unidades da federação. Inúmeras são as causas que nos levou ao atual cenário da judicialização da saúde. Buscando entender esse cenário, Barroso enumera três causas para justificá-la. Como primeira causa, tem o elemento central das democracias modernas que é o reconhecimento da

importância de um Judiciário com força e independência o que levou a uma elevação do Judiciário. Como segunda causa, está a desilusão com a política majoritária, a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral. E, como terceira causa, a inércia dos atores políticos diante de questões polêmicas onde haja desacordo moral, delegando ao Judiciário essas decisões.

Para Ferraz (2019), a judicialização da saúde em si não é necessariamente um fenômeno negativo da perspectiva do Estado Democrático de Direito. O fato de milhares de pessoas irem ao Judiciário pleitear seu direito constitucional à saúde pode ser indicativo de maior consciência da população sobre seus direitos, de maior receptividade do Judiciário em relação aos direitos sociais das pessoas mais vulneráveis e de maior fiscalização e controle da sociedade sobre a administração pública.

6.1 Saúde para todos *versus* recursos finitos

Como já dizia Carlos Neto, na medida em que o direito à saúde ganha um status de direito social insculpido na Carta Magna, ele se reveste de imperatividade e, com isso, passa a demandar a imediata produção de seus efeitos, trazendo para si a atuação do Poder Judiciário.

No entanto, a exigibilidade judicial de um direito social traz consigo de forma lógica o problema da escassez dos recursos públicos. Afirma Reynaldo Mapelli Júnior que “o dilema, comum a todos os países que se propõe a construir um modelo universal e gratuito de saúde, é facilmente identificável: os recursos sanitários são limitados e os custos da tecnologia médica nem sempre podem ser suportados”.

Na medida em que o judiciário julga procedente a maioria das ações no âmbito da saúde, os estados e os municípios ficam obrigados a se reorganizarem quanto ao orçamento dedicado a essa gestão. Esse impacto tem por vezes um aspecto negativo, pois existem ações com valores exorbitantes e que para ser atendido pelo poder público, torna-se necessário uma realocação de um dinheiro que seria aplicado em outra área da saúde.

Como citado por Ordacgi (2019) o exemplo publicado na revista época que ficou conhecido como “o paciente de R\$ 800 mil” no município de Buritama, SP, o gasto para o cumprimento de decisões judiciais consumiu mais da metade do orçamento para saúde. Somente esse paciente, consumiu 16% do orçamento anual com um só tratamento via ação judicial.

Por conseguinte, o Ministério da saúde tem aumentado substancialmente os seus gastos nos últimos anos para atender as sentenças procedentes ao fornecimento de medicamentos. Segundo dados da pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), observou-se crescimento real de 1006% das demandas judiciais atendidas por compra direta e depósito, partindo de R\$ 103,8 milhões em 2008 para R\$ 1,1 bilhão em 2015 (DAVID; ANDRELINO; BEGHIN, 2016, p. 24).

O impacto financeiro no orçamento público decorrente dessas decisões judiciais compromete todo o planejamento da saúde feito pela Administração, ou seja, impactando toda a população. Vale ressaltar que aproximadamente 75% dos brasileiros dependem exclusivamente do SUS e, mesmo aqueles que dispõem de plano de saúde, acaba por utilizar de alguma forma o SUS, quando do fornecimento de vacinas ou de medidas de vigilância sanitária, por exemplo, (BRASIL, 2020).

Logo, é possível perceber que a atuação do Judiciário, no que toca a efetivação do direito à saúde, garantido pelo Estado através do SUS, tem se mostrado ampla e irrestrita. Como afirma Ferraz (2019) a jurisprudência majoritária no Brasil tem sido o “direito a tudo”, pois o Poder Judiciário tende a julgar as demandas de forma procedente, concedendo muitos medicamentos e tratamentos que se quer estão incorporados ao SUS e que ainda não possuem nenhuma eficácia garantida.

6.2 Resposta do poder judiciário à judicialização da saúde

No ano de 2009 o STF convocou uma audiência pública nº 4 e convidou apoiadores e críticos da judicialização da saúde. Isso deu início a debates acerca do tema, das problemáticas notórias e quais soluções deveriam ser adotadas pelo poder judiciário para auxiliar a tomada de decisões dos magistrados.

Nesse seguimento, após intensos debates o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) buscou estabelecer uma política judiciária para a saúde, incluindo desde a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde até Comitês Estaduais de Saúde, passando por recomendações sobre como os juízes podem decidir as demandas que lhes são apresentadas, objetivando oferecer parâmetros e diretrizes para a atuação judicial em saúde (ORDACGI, 2019).

Para isso, o CNJ editou a Recomendação Nº 31 de 30 de março de 2010, trazendo recomendações e medidas para melhor subsidiar os magistrados e operadores do direito, objetivando dar maior eficiência na solução das demandas judiciais que envolvessem a assistência à saúde. Uma das medidas propostas era a celebração de convênio para a disponibilização de apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos, evitando fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA ou sem prescrição médica detalhada, que ouçam os gestores antes de apreciar medidas de urgência e que os magistrados façam visitas às unidades de Saúde Pública (BRASIL, 2010).

O CNJ então criou o NAT (Núcleos de Assessoramento Técnico) que é um corpo técnico que objetiva auxiliar magistrados na tomada de decisão em assuntos relacionados à saúde, emitindo laudos no prazo máximo de 48 horas. Entretanto, apesar dessa aproximação do poder judiciário, pesquisas que mostram o cenário da judicialização da saúde no Brasil, mostram que houve pouco efeito da recomendação nº 31 do CNJ de 2010, na prática judicial (ORDACGI, 2019).

Todavia o cenário de mudança para a atual perspectiva da judicialização da saúde, encontrou um grande avanço em relação a teoria do Direito a tudo. O STF decidiu, em maio de 2019, que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em casos excepcionais. A decisão foi tomada, por maioria de votos, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 657718, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2019).

Vale destacar, o que o ministro Luís Roberto Barroso assinalou em seu voto “Não se trata de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos”.

7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como tema a judicialização como meio garantidor do direito social fundamental a saúde. Uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um grande avanço na área dos Direitos Sociais o Direito a saúde ganhou destaque especial, e é considerado como um Direito Social Fundamental e logo, exige prestação obrigacional por parte do Estado.

Para isso, o estudo perpassou pelo contexto histórico do direito social fundamental a saúde nas constituições brasileiras, sendo observado que antes tal direito não era garantido nas constituições e quando passou a ser tratado na constituição de 1934, tinha um caráter excludente, pois os assegurados eram apenas aqueles trabalhadores que contribuía com a previdência social ou os que tinham poder econômico, podendo bancar médicos e tratamentos particulares.

Percebeu-se também que a saúde segundo a Organização Mundial de Saúde tem um conceito amplo trata-se de um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doenças ou enfermidades. A CRFB/88 adotou esse conceito amplo o que fica claro na análise dos princípios e diretrizes do SUS. E ainda, percebeu-se que se os indicadores de saúde do país estão satisfatórios, isso demonstra que há um bom índice econômico e bem estar da população.

Ao estudar o SUS como a política pública adotada pelo estado com o objetivo de reduzir as desigualdades no âmbito da saúde no país, conclui-se que é um modelo bastante promissor, pois proporciona o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação.

Entretanto, ao oferecer atenção integral à saúde, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde, mostrou-se um sistema bastante ambicioso e que sofre das limitações inerentes aos sistemas universais de saúde – limitação dos recursos públicos financeiros.

Ao analisar o fenômeno da judicialização da saúde, é possível concluir que é um meio eficiente para garantir o direito social fundamental a saúde, uma vez que a maioria das demandas são julgadas procedentes. Todavia, é possível perceber também que essa atuação do poder judiciário tem se mostrado bastante extravagante em algumas demandas, pois muitas vezes ao atender uma pessoa, o orçamento de um estado ou município acaba comprometido, tendo então que atender um à custa de toda uma sociedade. Uma vez que tais recursos são limitados.

Por fim, constata-se que a teoria do tudo adotada ao julgar as demandas da judicialização da saúde causa uma notória instabilidade para os gestores da saúde pública, pois interfere diretamente no orçamento destinado a saúde. Para tentar minimizar esses efeitos, o judiciário já vem demonstrando tendências de mudança são o que se constata com o julgamento do Recurso Extraordinário 657718 em maio de 2019.

Assim, é possível concluir que a Judicialização da saúde é um meio eficaz para se alcançar tal direito, todavia o que é necessário acontecer além das já iniciadas mudanças, seria uma modificação capaz de tornar o SUS uma política pública mais eficaz e que de fato cumprisse o que é proposto. Dessa forma, teríamos um menor número de judicializações e uma menor interferência do judiciário no âmbito da administração pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de nov de 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 09 de nov de 2020.

_____. Ministério da Saúde. **SUS registra volume recorde de ressarcimento**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2013/09/sus-registra-volume-recorde-deressarcimento-1>>. Acesso em: 13/11/2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31** de 30 março de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 15/11/2020.

_____. LEI Nº 8.080. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. 1990. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 2 de novembro de 2020.

_____. Ministério da saúde. Secretaria executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): Princípios e conquistas/Ministério da saúde, Secretaria Executiva – Brasília: Ministério saúde, 2000**. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em 3 de novembro de 2020.

MOURA, Elisângela Santos. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. 2013. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-as-aude-na-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em 04 de novembro de 2020.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**, 5. ed., p. 183.

PAIM, J. S. **O que é o SUS?**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

COHN, A. Desenvolvimento social e impactos na saúde. In: BARATA, R. B. (Org.). **Condições de vida e situação de saúde**. Rio de Janeiro: ABRASCO, 1997. p. 77-93.

GERSCHMAN, S. **A democracia inconclusa: um estudo da reforma sanitária brasileira**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1995. 189 p.

CARLOS NETO, Daniel. **Judicialização da Saúde Pública: uma análise contextualizada**.

Porto Velho: Motres, 2017, p. 13-15.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. **Direito a medicamentos: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do sistema único de saúde entre 2008 e 2015**. 1. ed. Brasília: Inesc, 2016.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil.** Rev. direito GV vol.15 no.3 São Paulo 2019 Epub Nov 14, 2019. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300208

Acesso em: 5 de novembro de 2020.

SILVA, *Michelle Emanuella de Assis*. **Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de karl popper.** REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS. Disponível em:

<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

ORDACGI, Fernanda Nepomuceno Varejão. **Judicialização na ocupação dos leitos de UTI.**

Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/

FernandaNepomucemoVarejao.pdf. Acesso em: 26 de novembro de 2020;